

“死刑程序研究”系列丛书

主编 吴宏耀

死刑控制与证据制度

石岩 著



中国政法大学出版社

2014 · 北京

本书出版获得
教育部人文社会科学重点研究基地项目资助
(项目号: 13JJD820018)

目 录

导 论	1
第一章 死刑控制与证据	9
第一节 死刑控制的界定	9
第二节 死刑控制的现有框架	15
第三节 将证据视角介入死刑控制	36
第二章 死刑控制理念下的刑事取证	49
第一节 取证的基本原则	49
第二节 言词证据的非法取证问题	57
第三节 刑事辨认错误与规则构建	85
第四节 司法鉴定与鉴定意见的相关问题	121
第五节 死刑案件取证全程同步录音录像问题	151
第三章 法官认证的问题与规则	177
第一节 从一则实例观察我国死刑案件的认证活动	178
第二节 死刑案件法官认证之规则	200

死刑控制与证据制度

第四章 死刑案件量刑程序的证据与证明	243
第一节 程序背景	243
第二节 美国死刑案件量刑证据制度概览	254
第三节 我国死刑案件量刑程序中的证据	264
第四节 量刑程序中的证明	293
结 论	337
参考文献	341
后 记	355

导 论

一、研究目的

2011年早春，一起发生在身边的死刑案件〔辽宁鞍山段某（化名）杀妻案〕成了我写作本书的初衷，即探讨死刑控制理念下的证据制度。目前看来，学界对死刑控制途径的研究已较为成熟，但尚未有学者单独从证据的视角来研究死刑控制问题。事实上，死刑案件存在着形形色色的证据问题。通过对判处死刑的案件进行证据分析，显而易见的是，很多证据问题和普通刑事案件没有太大区别，但有些证据问题在死刑案件中却应当有特殊要求。思绪至此，如果以死刑控制作为指导理念，探索证据法学领域对死刑控制有影响的因素，并对该问题的实然法律状况与应然法律状况加以探讨，从控制方法的角度上讲，将有助于深入挖掘有利于死刑控制的证据法学方法，而非仅仅停留在证明标准的层面。

没有问题的学生不是好学生，不带着发现未知的渴望而茫然前行，最终只能一无所获。学术问题的研究同样如此。在法学问题的研究中，一起个案虽然不必然能够延展出广泛适用的法律规则，但是它却能够成为点亮一项制度的星光，恰恰是“点点星光”的存在，最终才能形成确定的法律规则，而我对死

刑案件证据制度予以深入研究的关键原因即在于此。在接触到段某杀妻案时，最先涌入脑海的问题是：这样一个人真的属于“罪行极其严重”并且应当被判处死刑之人吗？随着对案情和证据的深入了解，逐渐涌入脑海的是以下几个问题：

1. 在取证阶段，公安侦查人员在有能力提取被害人死亡前被害人与被告人双方手机短信内容等电子证据的情况下，为何仅提取了被告人的手机短信，而对被害人的手机及其短信内容不闻不问？另外，在庭审提交的证据材料中，证人证言部分基本上都是被害人的亲友所提供的证言，而被告人家属的证言却没有在第一时间收集，直到补充侦查阶段（案发后两个月）侦查人员才对被告人的姐姐以及被告人与被害人的儿子进行询问，这些取证环节上的不规范、不妥当之处究竟因何而来？仅仅是侦查人员的操作不当？抑或是现有证据制度在设计上存在诸多不可操作之处？

2. 在获取被告人口供时，被告人文化程度极低，连“鼻子”的“鼻”、“到达”的“到”甚至“高考”的“考”字都不会书写的情况下（有亲笔供词为证），如何能“完整、准确”地查看讯问人员所做的长达6页的讯问笔录，并进行“以上笔录我看过，和我说的相符”的确认签名？

3. 在审查认定证据时，法官对于不完整的手机短信予以完全采信，对于被害人家属的证言予以完全采信，在只有被告人口供及依据口供找寻到的凶器的情况下，认定了被告人具有杀人的故意。其间，肯定了采用电脑记录方式制作的讯问笔录的证明力，但却对被告人亲笔供词中的重要信息弃置一旁。这种对证据进行认证的方法究竟是按照何种审查认定规则而为？

4. 针对被告人是否应被判处死刑之问题，侦查、起诉机关没有注意对有利于被告人的证据进行收集，对于案件发生的原

因、被告人犯罪动机、被害人是否存在过错等在新《刑事诉讼法》和最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》（以下简称“《办理死刑案件证据规定》”）中归类为可能影响被告人量刑因而应予查明的酌定量刑事实均未查明，草率地判处被告人死刑。在本案审判之时，《办理死刑案件证据规定》已经出台，《办理死刑案件证据规定》要求法庭应当查明酌定量刑事实，关于被告人的罪过、身份情况以及是否对被告人从重处罚的事实，均属于证明程度应当达到确实、充分的事实情况。但是，在上述事实均未查清的情况下，本案一审法院判处被告人死刑，二审法院维持原判，令人庆幸的是，该案最终在死刑复核环节未予核准，被发回重审。试问：《办理死刑案件证据规定》的司法实践价值何在？

上述这些疑问仅是由这起真实的死刑案件所生之直观感受，还未深究便已问题重重。究其原因，可以从取证、认证以及量刑中的证据和证明三个方面去探究。尽管《办理死刑案件证据规定》的一些规定已经转化为新《刑事诉讼法》的法律规定，在实践中也已经运行，但是司法实践中仍然还是存在着不重视证据规定、擅凭主观臆断判案等现象。虽然实然的法律状况并不令人乐观，但是这不能阻挡我们研究应然法律规则的步伐。因此，带着这些问题，本书将集中探讨可能会对死刑控制有所影响的证据问题，期盼能够对死刑控制的证据法方法有所贡献，亦能在证据制度的理论研究上有所突破。

二、研究脉络

死刑控制不是一个新话题，从死刑的合法性和正当性被质疑的那天起，死刑控制的研讨就从未停止。对于 21 世纪的中国

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



来说，在“保留死刑，但严格限制死刑”的死刑政策下，死刑控制的理论研究和司法实践都经历了一段艰难历程。在刑事诉讼程序中，围绕证据问题建立起来的相关规则一直是左右刑事诉讼程序进程以及刑事审判结果的关键所在。尽管我国尚未确立统一的证据规则，但必须承认的是，证据法跨界于法学与法庭科学两个领域，它有着极强的生命力与创造力，我国的证据法律制度势必会有长足发展。在此情况下，以新《刑事诉讼法》、两高三部联合发布的《办理死刑案件证据规定》和最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部《关于办理死刑案件非法证据若干问题的规定》（以下简称“《非法证据的排除规定》”）为研究的法律依据，本书尝试从理论界现有研究成果出发，结合实际案例，重点探讨能够有助于死刑控制的证据方面的因素，分析这些因素的基本理论、实践状况及法律规制，进而从有利于死刑控制的角度对特定问题提出改革与完善的具体建议。

本书第一章以死刑控制为研究主题，原因在于如果对死刑控制缺乏基础研究，将无法导出证据制度对于死刑控制的重要意义。因此，第一章将开宗明义，以对死刑控制的相关研究成果进行系统梳理为研究重点，从死刑控制的界定、死刑的立法控制和司法控制两方面对死刑控制的现有路径进行概括与总结。在研究过程中，笔者触碰到了解析死刑控制问题的第三种视角——证据视角，并以此为切入点，将证据视角引入死刑控制。此外，本章中还会对2010年我国两高三部发布的《办理死刑案件证据规定》及死刑证据问题的立法状况进行梗概式介绍，为后文研究我国死刑案件中存在的证据问题的法律规制略作铺垫。

在对死刑控制及其与证据问题的碰撞进行阐述之后，本书的第二章至第四章会以证据的“漂移”过程为线索，选择“死

刑案件生产线”上存在较多问题的三个关卡，即取证、认证以及量刑程序中的证据与证明等三方面分别加以阐述。

第二章将“取证”作为研究对象。本章以现有死刑错案为背景，结合新《刑事诉讼法》及两个“证据规定”，对死刑案件取证环节的证据制度进行系统整合与梳理。从取证的基本原则、言词证据的非法取证、实践中问题较为突出的辨认程序、鉴定意见，以及死刑案件取证环节全程同步录音录像等五方面，详细阐述死刑案件针对不同类型证据的取证规则，尽可能地在侦查程序中严格把握证据的获取与保存程序，避免非法证据及不具备证据资格的证据进入审判程序，落实取证的全面客观原则和程序法定原则。

取证环节之后，证据将要经受的是法庭质证的洗礼，以确定其能否作为定案根据。通常，在质证环节时出现的问题有证人不出庭作证、交叉询问等，而这也一直为学界所关注。但是，在法庭审判阶段，证人作证与交叉询问的问题更多的是从如何向法庭展示更可靠的证据的立场出发，而如果从死刑控制的立场出发，必然是希望法官在审查认定证据时能够遵循审查认定证据的规则，合理地进行证据资格和证明力的评判，对于证据的证据能力和证明力如何进行把握同是否判处被告人死刑以及死刑的裁判质量息息相关。因此，第三章的研究主题被确定为“法官认证的问题与规则”，从一则真实的“两可”案例出发，由现象认识本质，结合《办理死刑案件证据规定》中对于证据的审查认定确立的相关规则，探讨死刑案件中审判者应当如何遵守并贯彻证据的审查认定规则，以确保做出合法合理之证据裁判。

本书的第四章将讨论的重点定位于死刑案件量刑程序中的证据与证明。无论是理论还是实践，量刑问题均为众人所关注。

量刑程序改革是近年来我国刑事司法制度改革的重要内容之一。经过试点，法院系统于2010年10月1日正式颁布了《人民法院量刑指导意见（试行）》和《关于规范量刑程序若干问题的意见（试行）》。这两个规范性文件的颁布标志着我国量刑改革进入了全面试行阶段，也表明量刑程序独立化实乃大势所趋。在2011年底《刑事诉讼法》修改之际，亦有专家提出应当在死刑案件中设置独立量刑程序的建议，尽管新《刑事诉讼法》最终并未采纳这一建议，但是从长远来看，死刑案件的量刑制度势必会有所为。既然在死刑案件中设置独立的量刑程序有其必要性和合理性，那么针对独立的量刑程序构建和程序相适应的量刑证据制度就是量刑程序改革的题中之义。因此，在第四章的论述中，选择从死刑案件量刑程序的独立问题、量刑程序中证据的界定、类型与收集，以及量刑程序中的证明三个方面，对我国的死刑案件量刑程序的证据制度予以分析。同时，在本章的第二节，通过对美国死刑案件的量刑程序和量刑证据制度的介绍，期盼为我国死刑案件量刑程序的独立以及量刑程序相关证据问题的构建提供有益之借鉴。

三、研究方法

1. 文献研究法。文献研究法是根据一定的研究目的或课题，通过调查文献来获得资料，从而全面地、正确地了解、掌握所要研究的问题的一种方法。它的作用有：第一，能了解有关问题的历史和现状，帮助确定研究课题。第二，能形成关于研究对象的一般印象，有助于观察和访问。第三，能得到现实资料的比较资料。第四，有助于了解事物的全貌。首先，选题需要通过阅读大量的文献资料来确定。其次，在开始创作之后，前人的研究既有利于突破当下研究的障碍，也能为后文的研究给

予启示。就本书来讲，死刑控制的路径不是一个新话题，文献资料较为充足，而证据问题的相关论述也散见于论文与报告之中。因此，文献研究法是本书所采用的重要研究方法。

2. 个案研究法。个案研究法是认定研究对象中的某一特定对象，对其加以调查分析，弄清其特点及其形成过程的一种研究方法。个案研究有三种基本类型：第一，个人调查，即对组织中的某一个人进行调查研究；第二，团体调查，即对某个组织或团体进行调查研究；第三，问题调查，即对某个现象或问题进行调查研究。本书属于第三种，即问题调查法。由于本书研究的死刑案件证据问题同现今曝光的一些死刑冤假错案关联密切，很多问题的探讨需要通过对具体案件的探讨得出结论。因此，本书选择了两种类型的案例进行分析，一种是为大众所热议的知名死刑案例，另一种则是普通的死刑案件，对于后者的案情、证据及法院裁判都有比较清晰的把握，可以用作研讨之用。所以，个案研究法是本书经常采用的方法之一。

3. 比较研究法。比较研究法可以理解为是根据一定的标准，对两个或两个以上有联系的事物进行考察，寻找其异同，探求普遍规律与特殊规律的方法。对于本书来讲，首先要明确的是，死刑控制问题针对的是还保留死刑的国家，其次，因为本书研究的是对于死刑控制有影响的证据问题，所以如果要进行比较与借鉴，势必选择死刑案件的证据制度较为发达的国家。因此，本书在取证环节以及量刑证据制度的构建中对域外相关问题的立法状况和司法实践进行了介绍及适度的借鉴和比较，希冀能够对国内死刑证据领域的相关研究有所贡献。

4. 多学科交叉运用法。本书虽然是以证据制度作为研究重点，但并未忽视其他相关学科。对于死刑而言，其本质上是实体法问题，国内刑法学者对此研究颇多，因此，对于刑事政策

学、刑法学的关注与研究是必然之选。除了法学研究方法的应用以外，关于信息论等自然科学方面的基础理论，也对本书的写作产生了一定的影响，尤其是凭借信息论的基础理论去构建法官对证据的综合认证过程，体现出了法学之外的学科对于法学研究的强大助力。在研究死刑案件取证问题的章节中，关于辨认问题、鉴定问题，本书参考了心理学和生物学方面的研究成果，尽量做到科学合理地运用法学以外的自然科学研究成果。而且，采用多学科交叉运用法有助于让本书的论据更为扎实、论点更为牢固、视角更为广阔。因此，对于学术研究而言，多学科交叉运用法是极为必要的一种研究方法，也是本书所采用的研究方法。

第一章 死刑控制与证据

第一节 死刑控制的界定

概念是法律思想的基本要素，也是我们将杂乱无章的具体事项进行整理归类的基础。^{〔1〕}

传统的研究方法告诉我们，在讨论一个事物之前，最好先对其进行一下界定，为后面的探讨奠定好基石。通过资料分析，“死刑控制”在我国的刑事法学界并没有一个明确概念。因而，探讨问题之初，便需要对“死刑控制”的概念进行界定。

一、世界范围的死刑文化和死刑政策

死刑，是世界上最古老的刑罚之一，指行刑者基于法律所赋予的权力，结束一个犯人的生命。死刑的正式使用可以追溯到有文字记载的人类历史初期，在古希腊和古罗马的法律体系中，都可以找到关于死刑的记载。^{〔2〕}在我国古代，据考证，唐

〔1〕 《牛津法律大辞典》，光明日报出版社1999年版，第533页。

〔2〕 参见 <http://zh.wikipedia.org/wiki/%E6%AD%BB%E5%88%91>，最后访问日期：2011年12月14日。

代也曾经两度下诏大量削减死刑。^{〔1〕}死刑，作为国家惩治严重犯罪的终极手段，一直以来在国家的政治生活和法律生活中都发挥着重要作用，同时，不断有立论者提出死刑本身的价值，譬如其公正价值、效益价值，并认为，“历史发展逻辑表明，死刑因为有利于社会的存在和发展因而具有正当目的性。”^{〔2〕}但是，除了公正和效益以外，刑罚还应具有人道性价值。如果问考察死刑是否符合人道观念的要求，答案一般是否定的。在社会发展早期，社会本位观占据主导地位时，为了维护社会的生存，可以牺牲包括与个人有关的一切利益，死刑的广泛应用便是明证。但是随着生产力和生产关系的不断发展，社会本位观和个人本位观并存的时代到来，对个人的尊重上升到一定层次，对人过分不予尊重的刑罚便走下了历史舞台，譬如肉刑的废除。按照传统刑罚理论，刑罚能够满足公正和效益两大价值，就具备了目的正当性和手段正当性；但是依据现代刑罚理论，在公正和效益之外，还有人道这一重要价值。死刑作为剥夺人身为人的权利的一种刑罚，在人道性上的价值极为有限。

随着个人本位观的逐渐上位以及人类社会生产力和生产方式的不断进步，经济基础决定上层建筑，越来越多的学者认识到了死刑本身的弊端，更新了对死刑的认识，在观念上逐步摒弃原始的“以眼还眼、以牙还牙”的同态复仇方式，倡导以更符合现代文明的方式来替代死刑，并最终废止死刑。

〔1〕 其一是“天宝重杖代死刑法”，其二是“死罪改流刑法”。这使得一段时期死刑的实际适用微乎其微，如“贞观四年，天下断死罪三十九人。”虽然死刑一度被废止，但是两百年后，一种极尽残忍的刑罚——凌迟被创制，此后的一千年都被广泛适用，直至1905年被废除。〔详情参见邱兴隆主编：《比较刑法》（第1卷·死刑专号），中国检察出版社2001年版，第57~58页。〕

〔2〕 杨正万：《死刑的程序限制》，中国人民公安大学出版社2008年版，第8页。

早在公元12世纪，法学家摩西·本·迈蒙就曾写道：“放过一千个有罪的人，总比判处一个无辜的人死刑更好。”〔1〕公元1764年，贝卡里亚在其《论犯罪与刑罚》一书中公开讲到：“滥施极刑从来没有使人改恶从善……在一个组织优良的社会里，死刑是否真的有益和公正……刑场与其说是为罪犯开设的，不如说是为观众开设，当怜悯感开始在观众心中超越了其他情感时，立法者似乎就应当对刑罚的强度做出限制……酷刑的场面给予人们的常常是一副铁石心肠，而不是叫人悔过。”〔2〕

死刑文化反映出了特定时期的死刑政策，但是，理论既来源于实践又应先行于实践，应当充分发挥理论对实践的指导作用。在死刑文化与死刑政策这一领域，尽管早在12世纪就已经有学者注意到了死刑尤其是死刑错案可能带来的严重后果，但是真正迈出废止死刑的步伐还是要回溯到19世纪。

起源于18世纪欧洲启蒙运动的废除死刑运动在19世纪早中期，逐渐在西欧、南美国家及少数美国各州之间展开，但当时这些国家并未如预期一样通过相同的途径废止死刑。〔3〕二战后，很多西欧国家陆续宣布废除死刑。〔4〕进入20世纪80年代后，

〔1〕 Moses Maimonides, *The Book of Commandments*, Neg. Comm, p. 290. 摩西·本·迈蒙 (Moses Maimonides)，也被译为迈蒙尼德，是犹太人中迄今最有影响的一位哲学家、法学家。著名的法律格言“错放十个有罪之人比错杀一个无罪之人要好得多”便来自于他的《圣诫书》(*The Book of Commandments*)。

〔2〕 [意] 贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》，黄风译，中国大百科全书出版社2003年版，第45~49页。

〔3〕 赵秉志主编:《死刑改革的域外经验》(中英文对照本)，中国法制出版社2011年版，第2页。

〔4〕 意大利于1944年废除死刑，德国(当时为西德)于1949年废除死刑，奥地利于1950年废除死刑，葡萄牙于1976年废除死刑，西班牙于1978年废除死刑，法国于1981年废除死刑，荷兰于1982年废除死刑，英国虽然无人在1964年以后被处以死刑，但是死刑直至1998年才彻底废除。

截至2009年4月30日,全球有94个国家完全废除死刑,还有8个国家废除了针对普通罪行的死刑。^{〔1〕}另外,还有94个国家在法律中保留了死刑,其中有48个国家在过去的十年间曾经动用过死刑,其余的46个国家在过去的十年间从未动用过死刑,被联合会归类为“事实上废除死刑的国家”。^{〔2〕}

除了主权国家在是否适用死刑问题上做出的努力,联合国在世界范围内限制和废止死刑方面也发挥了关键作用。1984年12月,根据《公民权利和政治权利国际公约》,联合国通过了《关于保障面临死刑的人的权利的措施》,规定了适用死刑的限制以及对面临死刑的人的权利的保护,对保留死刑的国家发出了一个明确的信号,即联合国承认死刑是对人权的滥用,需要规范和监控。^{〔3〕}1997年4月3日,联合国人权委员会通过了《联合国关于死刑的决议》,号召没有废除死刑的国家考虑延缓执行死刑,进一步控制可适用死刑的犯罪的数量,并及时公开死刑的执行情况。^{〔4〕}2008年12月18日,联合国大会通过第二项号召世界范围内中止死刑的决议,其中106国赞成,46国反对,34国弃权。^{〔5〕}这种越来越多的对废止死刑的支持巩固了全球范围内长久而稳固的废止死刑的趋势,并且表明废止死刑已经逐步成为一种世界潮流。^{〔6〕}

〔1〕 具体国家列表可参见[美]富兰克林·E·齐姆林:《美国死刑悖论》,高维俭等译,上海三联书店2008年版,第275~288页。

〔2〕 赵秉志主编:《死刑改革的域外经验》(中英文对照本),中国法制出版社2011年版,第3页。

〔3〕 赵秉志主编:《死刑改革的中国实践》(中英文对照本),中国法制出版社2011年版,第47页。

〔4〕 参见<http://www.amesty.org>。最后访问日期:2012年1月1日。

〔5〕 2007年联合国大会通过了第62/149号决议,号召世界范围中止死刑,当时有104国投赞成票,54国反对,29国弃权。

〔6〕 参见<http://www.amesty.org>。最后访问日期:2012年1月1日。

总之，从世界范围来看，对待死刑的总体政策是以废除死刑和严格限制死刑为方向。然而，需要注意的是，废除死刑和严格限制死刑实际上是两种不同的死刑政策，两者的根本差异点在于死刑存在的合法性和正当性问题。一国采取废除死刑的政策，说明其否认了死刑存在的合法性和正当性，而如果适用的是严格限制死刑的政策，则表明该国在一定程度上承认死刑存在的合法性和正当性，因而允许死刑的存在和适用。不论如何，死刑政策是死刑适用的灵魂，对死刑控制发挥着指南针的作用。

二、“严格限制死刑”的死刑政策

在保留死刑的国家里，“严格限制死刑”表现为：在立法上大幅度减少适用死刑的条款，将其限制在谋杀、叛逆和战时犯罪等少数性质极其严重的犯罪，对经济犯罪等非暴力犯罪不适用死刑；在司法上对死刑进行严格控制，有的国家一年仅判决执行一件或几件死刑案件，有的国家甚至数年才执行一次死刑。^{〔1〕}例如，印度虽然在法律上保留死刑，但印度的最高法院一直坚持死刑只能在“极少数中的少数”案件适用，其在1975年后已经极少适用死刑，在1995年后只在个别案件中执行过死刑，这使得印度成为世界上保留死刑的国家中实际适用死刑次数最少的国家。^{〔2〕}

那么，本书所研究的“死刑控制”和“严格限制死刑”的政策又是何种关系呢？应该说，死刑控制是对“严格限制死刑”

〔1〕 刘仁文：“死刑政策：全球视野及中国视角”，载《比较法研究》2004年第4期。

〔2〕 杨诚：“死刑司法控制的美国模式之研究与借鉴”，载《刑法论丛》2010年第2卷。

这一死刑政策的概括性描述，前者是从方法和手段上来描述后者，它由两个语词构成：“死刑”和“控制”。死刑，本书关注的不再是传统的刑法中的死刑制度，而是死刑案件的数量和质量问题。控制，在一般意义上，是指对事物起因、发展及结果的全过程的一种把握，是能预测和了解并决定事物的结果。^{〔1〕}本书中，控制具体是指在减少死刑数量的同时尽可能地降低死刑错案发生的可能性。结合起来，我们将“严格限制死刑”这一宏观政策转化为“尽可能地减少死刑适用的数量和提高已判处死刑案件的质量”的具体目标，依循此目标，探讨能够对死刑案件的数量和质量产生影响之证据制度，并力求予以改善。

此外，由于本书探讨的是死刑控制导向下的死刑案件的证据问题，因此我们还需要明确“死刑案件”的范畴问题。死刑案件，是一个概括性的总体说法，它涵盖了两种类型的案件，即已经判处死刑的案件和可能判处死刑的案件。严格地讲，在被告人被判处死刑之前，称某案件是死刑案件是不太准确的，并且可能违反“无罪推定”原则，因为在未定罪和量刑之前先称其为死刑案件可能影响到其定罪量刑，所以一件案件是否为死刑案件，只有在最终决定后才能确定，而事先将一些案件定为死刑案件可能是欠妥当的。^{〔2〕}但是，不可否认的是，如果完全将“可能判处死刑的案件”从“死刑案件”的范畴中剥离，

〔1〕 除了一般意义上的控制的概念，经常提及的还包括“控制论”和管理学中的“控制”的概念。管理学中的控制，是指对员工的活动进行监督，判定组织是否正朝着既定的目标健康地向前发展，并在必要的时候及时采取矫正措施。“控制论”中控制的定义是，为了“改善”某个或某些受控对象的功能或发展，需要获得并使用信息，以这种信息为基础而选出的、于该对象上的作用，核心是信息的输出、反馈和再输出，从而起到制约的作用，以达到预定的目的。可见，三个概念尽管措辞不同，但根本都是围绕着监督、反馈、制约三点因素。

〔2〕 杨宇冠：《死刑案件的程序控制》，中国人民公安大学出版社2010年版，第2页。

那么死刑案件的控制问题将无从谈起。进一步说，“可能判处死刑的案件”才是我们研究“死刑控制”这一问题的关键所在，无论是死刑数量的减少还是避免冤错案件的出现，主要还是看“可能判处死刑的案件”是否转化为“已经判处死刑的案件”或者“不判处死刑的案件”。因此，能够确定的是，“可能判处死刑的案件”属于“死刑案件”的概念范畴，虽然在称谓上略有不妥，但是此类案件的界定对于死刑控制问题的研究极为必要。

第二节 死刑控制的现有框架

一、死刑的立法控制

死刑的立法控制是指在法律上逐步减少死刑罪名或者在立法上严格限定死刑的适用条件。在我国，尽管刑法总则中有关死刑适用条件标准的规定与联合国《公民权利与政治权利国际公约》（以下简称“《公约》”）^{〔1〕}、《关于保障面临死刑的人的权利的措施》（以下简称“《措施》”）^{〔2〕}等国际公约所规定的在表述上存在一定的差异，但是限制死刑适用的立法倾向十分清晰明确。细观我国刑法，在《中华人民共和国刑法修正案（八）》（以下简称“《刑法修正案（八）》”）出台之前，涉及死刑的罪名为68个，^{〔3〕}包括走私犯罪、金融诈骗犯罪等很多非生命性犯罪，达不到罪行极其严重的标准。而且，从对于死刑适

〔1〕《公约》第6条规定：……二、在未废除死刑的国家，判处死刑只能是为对最严重的罪行的惩罚。

〔2〕《措施》规定：（1）在没有废除死刑的国家，只有最严重的罪行可判处死刑，应理解为死刑的范围只限于对蓄意而结果为害命或其他极端严重后果的罪行。

〔3〕高铭喧等：“从此踏上废止死刑的征途——《刑法修正案（八）》草案死刑问题三人谈”，载《法学》2010年第9期。

用裁量情节的规定来看，具备从轻情节禁止适用死刑的规定也是欠缺的。2011年2月，《刑法修正案（八）》出台，体现了对死刑从立法上进行严格控制的精神，取消13个死刑罪名，占死刑罪名总数的19.1%，并缩减了死刑适用对象的范围，规定已满75周岁的人不适用死刑，同时还对我国的刑罚结构进行了相应调整。结合修正案出台前的学术研究成果，死刑的立法控制途径主要包括以下方面。

（一）从立法上减少死刑的罪名

我国现行刑法设置死刑罪名的数量多达68个，大部分罪名是行为所侵犯的客体价值低于生命权利的非暴力犯罪，这些犯罪如果按照联合国《公约》和《措施》中关于可判处死刑罪名的标准进行衡量，很多均不属于“罪行极其严重”的范围。故而，很多学者呼吁，在现阶段我国应当全面贯彻宽严相济的刑事政策，保障人权，提倡刑罚人道主义，削减死刑罪名便是第一步，这是我国死刑进行立法控制、立法改革的基本立场。关于削减哪些罪名的问题，学者们有共识也有分歧。

第一，对于近年来较少适用或者基本不用的经济性非暴力犯罪的死刑罪名可以取消，这是共识。“经济性”指的是经济犯罪，“非暴力”指的是不以人身为侵害对象的犯罪。有学者指出，将此种类型的经济性非暴力犯罪（不包括贪污受贿罪）取消死刑罪名主要是出于两方面的考虑：其一，是从此类犯罪本身出发。经济犯罪的成因较多，政治、经济、法律因素皆有，单纯依靠死刑无法遏制；而且，对于单纯的经济犯罪，其社会危害性一般要低于侵犯他人人身权利、国家安全和公共安全的犯罪，对之适用死刑有过重之嫌；另外，从适用成本考虑，对经济犯罪适用死刑极不经济；最后，对经济类犯罪不设置死刑是各国的通例。其二，从死刑的“有用性”出发。有些经济类

犯罪的发案率高，但有些案件也存在着发案率低的情况，那么对于发案率低又设置了死刑的罪名而言，死刑的有用性就极低。^{〔1〕}因此，将那些常年不用或基本不用的死刑罪名取消是符合我国社会发展态势以及法治要求的做法。

第二，关于经济性犯罪中的腐败型犯罪是否可以取消死刑罪名，则有一些不同看法，主要是有些学者主张现阶段可以废除，而有些则主张短期内不能废除。如在《刑法修正案（八）草案》进行分组审议时，关于是否取消腐败型犯罪的死刑罪名问题，周光权教授认为死刑的威慑力有限，徐显明教授也指出，是否废除腐败型犯罪的死刑要慎重，并建议一定要有一个可替代死刑的方法来代替，储槐植教授则认为，腐败型犯罪的死刑在三十年内都不会取消。^{〔2〕}而认为可以废除腐败型犯罪死刑的理由也是能够站得住脚的：其一，虽然民众对腐败型犯罪深恶痛绝，但此类犯罪并不直接危及国家的存立之本；其二，废除其死刑罪名可以与国际公约的规定相符合，便于推进国际刑事司法合作；其三，此类犯罪行为损害的对象多是国家、社会和个人的经济利益，其危害显然不能同杀人、伤害等其他严重危害他人生命权利的危害相比较；其四，死刑是国家剥夺自然人的生命权利，用剥夺生命权利的方式来惩罚经济犯罪，明显不能实现罪刑均衡；最后，此类犯罪多属于智能型犯罪，犯罪人犯罪时考虑的多是如何采取隐蔽的手段，追求不法利益的最大化，而不是案发后所受惩罚的严重程度，因此死刑对于腐败型犯罪的一般预防功能极其有限。事实上，学界对于是否可以废

〔1〕 高铭喧等：“从此踏上废止死刑的征途——《刑法修正案（八）草案死刑问题三人谈”，载《法学》2010年第9期。

〔2〕 “人大常委会委员激辩贪官应否免死”，载《广州日报》2010年8月29日，A3版。

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



除腐败犯罪死刑的态度大体是一致的，只是在废除的脚步上，有人主张步子要迈得快一些而有人则主张慢一些罢了。

综上，纵观现今刑法中死刑罪名之立法态势，已经将死刑罪名的削减纳入了视野。在一定程度上，逐步削减适用死刑的罪名，既有利于和国际公约对于“死刑只适用于极其严重的犯罪”的规定接轨，也有利于进一步完善死刑的立法控制。

（二）从立法上进一步明确死刑适用的条件

我国刑法典关于死刑的适用条件采用的表述是“罪行极其严重”，但是何谓“罪行极其严重”则是晦暗不明、缺乏解释，因此，刑法理论上就其含义形成了三种理论学说。客观标准说认为，“罪行极其严重”强调对犯罪客观方面的考察，一般是指对国家和人民的利益危害特别严重以及犯罪情节特别恶劣的情形，强调客观上的犯罪行为和危害后果。主客观标准统一说强调应从主客观两方面对罪行加以考察。从本质上看，“罪行极其严重”是犯罪性质极其严重、犯罪情节极其严重和犯罪分子人身危险性极其严重的统一。法定刑标准说主张，“罪行极其严重”指行为人的行为构成法定刑最高刑为死刑的罪行，即将刑法中法定刑的配置作为判断罪行轻重的唯一标准。这三种学说有其合理性，但又都存在不妥帖之处。客观标准说过于强调犯罪行为的客观方面，而忽视了犯罪人的主观罪过，存在着扩大死刑适用对象的风险；法定刑标准说将法定刑配置作为判断罪行轻重的唯一标准，如果立法对具体个罪配置的刑罚有失偏颇，那么会根本无法反映罪行的轻重和性质；而主客观标准统一说虽然看似全面合理，但其问题在于提出的标准不明确、条件不具体，无法为立法限制死刑提供有力的客观依据。可见，国内目前关于“罪行极其严重”的标准并没有定论。

而在国际上，关于适用死刑的实体条件也尚未有非常明确

的规定，尽管在《公约》和《措施》中均规定了死刑只适用于最严重的犯罪。对于“最严重的罪行”，目前可知的是：第一，死刑只适用于故意犯罪，对过失犯罪不适用死刑；第二，害命，即谋杀是最严重的犯罪；第三，“或其他极端严重后果的罪行”没有具体解释。^{〔1〕}联合国人权事务委员会对于可能将死刑适用于概念不明确的经济犯罪、非暴力犯罪等情况表示出极大的关心，但是仍旧没有对“极端严重后果的罪行”做出明确限制，相关标准目前仍由各国国内法决定。^{〔2〕}

综上，无论国际公约还是国内法规定都未能明确限定死刑适用的实体条件。有鉴于此，有学者提出了如下理解：《措施》中提及的“有致死后果的故意犯罪”实质上指的是严重的暴力犯罪，而《措施》又将“其他极端严重后果的罪行”同严重的暴力犯罪相并列，因此，“其他极端严重后果的罪行”应该是指犯罪行为所侵害的客体之价值与人的生命权利相当的犯罪。^{〔3〕}这种解释有助于理解死刑适用的实体条件，但这毕竟只是学理层面上的思考，只有从立法上进一步明确限定死刑适用的实体条件，将“罪行极其严重”的具体情况铺陈开来才有助于死刑的司法实践，有助于实现死刑的立法控制。

（三）从立法上缩小死刑适用的范围

除了死刑罪名的削减、明确死刑的实体适用条件以外，死刑立法控制的第三条路径就是缩小死刑适用的范围，即调整死刑的适用对象。我国1997年《刑法》第49条规定，不满十八

〔1〕 杨宇冠：《人权法——〈公民权利和政治权利国际公约〉研究》，中国人民公安大学出版社2004年版，第147页。

〔2〕 杨宇冠：《人权法——〈公民权利和政治权利国际公约〉研究》，中国人民公安大学出版社2004年版，第147页。

〔3〕 高铭喧等：“从此踏上废止死刑的征途——《刑法修正案》（八）草案死刑问题三人谈”，载《法学》2010年第9期。

周岁的人和审判的时候怀孕的妇女，不适用死刑。2011年《刑法修正案（八）》第3条将上述对象扩大至“已满七十五周岁的人”，进一步从立法上缩小了死刑适用的范围，符合学界近年来关于增加禁止适用死刑对象的共识，也符合国人的传统伦理，与我国的法律文化底蕴相融合，体现了刑罚的人道主义精神和刑罚的人本主义价值。^{〔1〕}

从死刑的数量控制上讲，采用绝对禁止的手段，排除具有特定情形的人，使其免于死刑，是在立法上减少死刑数量的有效手段。借鉴国外经验，除了我国刑法中已排除的三类人群外，还有一类群体，学者也主张应属于绝对排除适用死刑的范畴，即精神病障碍者。

我国刑法规定，无刑事责任能力的精神病人不负刑事责任，限制刑事责任能力的精神病人可以从轻或者减轻处罚。上述说法实际暗含着对精神障碍者是可以判处死刑的意义，因为“可以从轻或者减轻”不意味着“应当从轻或减轻”。但出于人道主义的考虑，既然精神障碍者在认知能力上的病态导致其刑事责任能力的必然减弱，那么对其不适用死刑便应是题中之义。在美国，处死精神病人是违宪的做法。1986年，在福特诉温赖特案^{〔2〕}中，联邦最高法院以5:4票认定，宪法第八修正案禁止执行处于“精神病”状态的人。其理由是：人性的概念；死刑本身起不到威慑作用；人应该能从容就死的宗教关怀；以及“精神病”本身就是一种惩罚，以至于无法实现“报应”的目的。^{〔3〕}

〔1〕 孙廷然：“死刑的立法控制研究——以《刑法修正案（八）草案》为视角”，载《商丘师范学院学报》2010年第10期。

〔2〕 *Ford v. Wainwright*, 477 U. S. 399 (1986).

〔3〕 [美]琳达·E.卡特等：《美国死刑法精解》，王秀梅等译，北京大学出版社2009年版，第270~271页。

2002年，联邦最高法院在阿特金斯诉弗吉尼亚案^{〔1〕}的判决中，依据“标志着—个成熟社会的进步”的标准，宣告对精神耗弱（弱智者）的犯人适用死刑构成违宪，属于宪法第八修正案禁止的“残忍的、不寻常的刑罚”。^{〔2〕}可见，对于精神障碍者的死刑保护并非心血来潮之举，而是经历了多年司法实践之后，最终以符合“—个成熟社会的进步”的标准而逐步确立起来的。

因而，在我国不断完善的司法立法进程中，应逐步地将既符合国际实践，也能够与国内条件相融合的一些国际做法转化为法律规定。从立法上削减死刑罪名、完善死刑适用条件、扩大排除死刑适用的对象范围，实现死刑的立法控制任重而道远。单纯地从死刑的数量和质量上考虑，死刑的立法控制更多地关注了死刑的数量问题，而死刑的质量问题则要更多地依托于死刑的司法控制。

二、死刑的司法控制

死刑的司法控制是指在司法实践中严格遵守死刑适用的实体条件和正当程序，尽可能避免错杀或者冤杀，通过司法活动最大限度地减少死刑的适用。在现阶段死刑的立法控制突破余地不大的状况下，寻求司法手段来控制死刑的适用不失为—条良策。目前，学界关于死刑司法控制的研究主要集中于两条路径：死刑的实体控制和程序控制。

（—）死刑的实体控制

“控制”的过程关涉三个因素：控制者、控制对象以及控制媒介。死刑的实体控制同样关涉三个因素：死刑的裁量者、可

〔1〕 *Atkins v. Virginia*, 536 U. S. 304 (2002).

〔2〕 杨诚：“死刑司法控制的美国模式之研究与借鉴”，载《刑法论丛》2010年第2卷。

能被判处死刑的人以及判处死刑所依据的裁量情节。刑事实体法是“硬邦邦的”，裁量情节又是“真真假假的”，裁量者如何把裁量情节和刑事实体法相结合，做出符合事实与法律的最终判决，是实体控制所要关注的问题。换言之，死刑的实体控制关注的是审判人员如何根据已有裁量情节和刑法实际规定做出死刑判决的过程。在此过程中，有两个要素会对死刑司法的实体控制有重要影响：死刑的裁量情节和适用死刑的实体法标准。

所谓死刑的裁量情节，是指影响死刑适用的量刑情节，按照量刑情节的一般分类，包括死刑裁量的法定情节和酌定情节。法定情节是法律明文规定的，在死刑裁量时必须加以考虑的情节；而酌定情节则是法律没有明文规定，而是根据立法精神从审判实践经验中总结出来的，能够反映行为的社会危害性程度和行为人的人身危险性大小，审判机关在裁量死刑时酌情考虑适用的主客观事实情况。^{〔1〕}在死刑裁量过程中，容易发生问题的主要是酌定量刑情节的裁量问题。酌定情节的特征之一是非规范性，而恰恰是这种非规范性导致了裁判者是否考虑酌定情节以及如何对待酌定情节都是不明确的；而又因为酌定情节相较于法定情节的广泛性，使得在很多案件中，酌定情节对于案件审判结果的影响远大于法定情节。酌定情节的广泛性和不明确性客观上造成了一种难以解决的局面，两起性质相似的案件，具备类似的酌定情节，但是在不同的地域、不同的审判者面前可能得出生与死的两种判决结果。量刑情节的功能即在于对量刑结果产生影响，然而不同种类的量刑情节对量刑结果的具体影响也有很大差异。可以肯定地说，酌定情节内容和功能的不明确性妨碍了裁量情节在死刑实体控制中的作用的有效发挥，

〔1〕 马松建：《刑事司法控制研究》，法律出版社2006年版，第104页。

因而，如何更好地平衡死刑裁量的酌定情节在刑事案件中的作用是实现死刑实体控制的重要问题。

此外，在死刑裁量过程中还存在着一些较为特殊的因素，这些因素对于死刑裁量起着或多或少的作用，“尽管从量刑情节的特征来考虑，只有能够反映犯罪行为的社会危害性或人身危险性程度的事实情况才属于死刑裁量情节”〔1〕，但譬如民意、被害方对于被告人的态度等问题又如何把握呢？在死刑的司法实体控制中，相较于酌定情节的把握，民意之类的因素更难操控。所谓民意，是指民众对有罪之人的愤慨、憎恨等情感。在我国的司法实践中，民意常常被作为一项重要的酌定量刑情节加以考虑，与是否适用死刑的关系极为密切。那么，将民意作为一项酌定量刑情节的基础何在？民意真的属于酌定量刑情节吗？有学者指出，民意只不过是社会民众对已经发生的犯罪及犯罪人的愤恨情感，是一种大众情绪，自身并不能反映行为的社会危害程度，而且，就人身危险性而言，其表征包括犯罪人的个人情况、犯罪实施情况以及犯罪前后的表现等，可见，民意也与犯罪人的人身危险性无关。〔2〕所以，论者认为，民意并非裁量过程中的酌定量刑情节，也即民意属于跳脱于量刑情节之外但又会对死刑适用产生影响的一类特殊因素。那么，在死刑的实体控制中，在死刑裁量的过程中如何把握民意又是一个难题，是考虑民意还是不加考虑呢？民意本身具有难以克服的缺陷，它的模糊性、易受误导性、虚假性都可能给死刑适用带来难以补救的后果，更为重要的是，民意本身并不能代表正义，它仅可以被认为是一种追求正义的冲动，正义感和正义显然不是一回事。因而，如果在死刑裁量的过程中，过分看重民意，

〔1〕 马松建：《刑事司法控制研究》，法律出版社2006年版，第111页。

〔2〕 马松建：《刑事司法控制研究》，法律出版社2006年版，第113页。

甚至出于达到平息民愤的效果而适用死刑，可能导致法律的信仰逐渐消弭的恶果。从实体控制的角度来看，类似于民意一类的因素，皆属于来自于法律体系外的、不可控的或者说较难控制的因素，我们所言的死刑的司法实体控制在这一领域较为软弱。

死刑适用的实体法标准是死刑实体控制的又一重要方面，具体而言，是指死刑适用的刑法标准，包括总则性标准和分则性标准两方面。总则性标准即为前文已经提及的“死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子”，分则性标准则具体体现在 68 个具体的死刑罪名中，因犯罪性质的不同而有所不同。在死刑裁量时，应特别注意对于总则性标准和分则性标准的把握，注重二者之间的关系。总则性标准是对分则性标准的指导与概括，后者应当受到前者的约束和影响。实践中的问题在于，裁判者常常忽视总则性标准与分则性标准间指导与被指导的关系，忽视总则性标准对于死刑裁量的重要作用，导致只关注分则性标准，而没有考虑拟被判处死刑的犯罪行为是否符合“罪行极其严重”这一总则性标准，进而与我国“严格限制死刑”的死刑政策相背离，在事实上也成了死刑实体控制的一大障碍。原因在于，无论存在着多少有利于被告人的酌定量刑情节，如果忽视了“罪行极其严重”这一总则性标准，只按照刑法具体罪名的规定，“照本宣科”式地裁判，必然导致死刑适用的扩大化，也会导致死刑适用标准的不均衡。因此，如何确保裁判者准确平衡刑法的总则性标准和分则性标准之间的关系，将二者有机结合起来，是影响死刑实体控制的重要因素。

死刑的实体控制是死刑的司法控制的重要方面，无论是死刑裁量问题还是适用死刑的实体法标准，大都关涉刑法的现有法律规定和裁判者的裁量这两点因素。从司法活动本身来讲，

除适用刑事实体法以外，还有一个非常重要的问题，即死刑案件的诉讼程序。实体正义和程序正义是司法正义的两面，现今我国对严重犯罪注重适用死刑的刑事政策以及仰赖死刑的民众心理决定了从实体法角度限制死刑的空间已经极其有限，^{〔1〕}既然通过实体法的路径限制死刑存在颇多障碍，那么通过程序法的路径对死刑予以控制应当是较为适当的选择。

（二）死刑的程序控制

死刑的程序控制，是指在严格限制死刑政策和死刑司法控制原则的指导下，通过严格执行刑事程序法有关死刑案件的程序规定，对死刑的司法适用进行程序上的过滤，在客观上进一步减少死刑的实际适用。^{〔2〕}研讨学界目前之研究，程序控制的路径集中于以下方面：刑事诉讼的基本制度，如管辖、辩护以及证明标准、证明责任；死刑案件一审程序的改革，如审判独立、关键性证人出庭的问题以及量刑程序的独立化；死刑案件上诉审自动启动的研究；死刑复核程序的变革问题，以及保障被告人在可能判处死刑案件中的权利的相关研究。囿于本书篇幅有限，在此不一一详述，只针对几点要义略作梳理，以期明了我国死刑程序控制之路径。

1. 完善死刑案件的管辖制度。管辖制度是刑事司法活动的第一个门槛，关于死刑案件的管辖问题学界多有探讨，主要体现为下述三个话题：第一，关于侦查管辖的问题。有论者提出，我国当前的管辖制度旨在审判管辖制度，而侦查和起诉的管辖则参照审判管辖进行，但是侦查作为诉讼程序的开始，其对证据收集的速度和质量会直接影响到后面的起诉和审判程序。死

〔1〕 杨正万：《死刑的程序限制》，中国人民公安大学出版社2008年版，第18页。

〔2〕 马松建：《刑事司法控制研究》，法律出版社2006年版，第183页。

刑案件往往是重大疑难复杂案件，这对侦查工作质量的要求会更高，但基层侦查机关在侦查技术和手段方面较为落后，很难做好重大疑难案件的侦查工作。因此，在涉及可能判处死刑的案件中，侦查管辖方面应当规定在基层机关进行现场侦查的同时向上级机关请示予以协助，以求侦查工作更加完善、到位。

第二，关于指定管辖的问题。指定管辖是指一些案件由于特殊原因的存在不能采用法定管辖，而是根据上级法院的指定确定管辖法院的一种管辖方式。在刑事诉讼法中，适用指定管辖的原因是：其一，地域管辖不明确的案件；其二，基于各种原因按照法定管辖不适宜或不能审判的案件。在死刑程序控制的语境下，考虑到司法实践中影响死刑控制的因素，譬如民意、媒体报道以及政治因素等，将死刑案件交由犯罪地法院管辖可能不利于减少死刑的实际适用。有论者指出，法官在判断一个具体案件是否应当适用死刑时，除了考虑事实和法律的客观情况，难免会受到地方性影响。^{〔1〕}这种地方性影响无孔不入，法官的决策很难跳脱出这样的舆论氛围。在有些案件中，正是这些来自于政府、民众和媒体的压力使得限制死刑适用的征途困难重重。因而，如果能够发挥指定管辖制度在这方面的功能，尽量避免或者说克制地方性因素给法官断案带来的影响，让法官依据证据、事实和法律做出公正判决，那么我们在严格限制死刑的道路上会走得更远。

第三，关于死刑案件管辖权异议。在民事案件中管辖权异议是一项基本制度，但是在刑事诉讼法中对被告人的管辖权异议问题缺乏明确规定，死刑案件亦然。但必须注意的是，死刑案件由于自身的复杂性和刑罚的极端严厉性，其审判管辖理应得

〔1〕 杨宇冠：《死刑案件的程序控制》，中国人民公安大学出版社2010年版，第249页。

到重视，譬如河南郑州市某区公安分局局长张金柱酒后驾车撞人案^{〔1〕}，由于当地新闻媒体的介入，使得审判法官面临巨大的社会压力，最终对被告人适用了死刑，这对死刑的司法控制是极为不利的。因而，在提出上述关于指定管辖的相关建议后，更多的学者将目光投射在了刑事诉讼死刑案件管辖权异议制度上，希望能够通过管辖权异议程序，在刑事程序启动之初就为案件营造一个公正的审判氛围，从而保障刑事程序的合法和公正。

2. 死刑案件定罪程序和量刑程序相分离。近年来，量刑程序独立化是一个热点问题，无论是量刑指南还是量刑标准都是刑事领域重点研究的对象。在普通刑事案件实现量刑程序独立尚有困难的今天，很多学者将目光转向了死刑案件，认为在死刑案件中应当首先实现定罪程序和量刑程序的分离，从而真正落实“严格限制死刑”的刑事政策，实现死刑案件程序上的有效控制。定罪程序解决的是被告人是否犯有被指控的罪行，而量刑程序则是解决对确定有罪的被告人科处何种刑罚的问题，两者之间具有一种呈递关系，原则上讲，先有定罪程序后有量刑程序，如果按照目前二者合一之态势，普通案件尚好，但是重大疑难复杂案件却极易出现定罪准确但量刑失衡甚至是定罪错误的判决结果。因此，有论者指出，定罪和量刑合一的弊端在于，使得法官常常将量刑情节不自觉地视为定罪情节，从而出现量刑情节定罪化倾向，如对于证据不足的死刑案件法院不宣判无罪而宣告死刑缓期二年执行就是量刑情节定罪化的典型表现。^{〔2〕}

〔1〕 参见“[酒后驾车肇事判刑] 公众意见与司法判决”，载 <http://news.9ask.cn/jtsg/jiuhoujiache/201012/1010039.shtml>，最后访问日期：2012年3月12日。

〔2〕 杨正万：《死刑的程序限制》，中国人民公安大学出版社2008年版，第244页。